



# Günther Jakobs-en penal klasikoen defentsa

(Defence of classic criminal matters by Günther Jakobs)

## Aurkezpena

Günther Jakobs Alemaniako zuzenbide penaleko katedraduna da, baina ez da irakasle arrunta edota doktrinaren gehiengoa jarraitzen duen horietakoa. Europako zuzenbide penalean hainbeste eragina duen pentsamendu germaniarrean sona handiko irakaslea dugu, moldeak apurtu dituen, hizkuntza zientifikoa berritzearekin batera.

Esku artean dugun artikulua, horren adibide garbia da. Inon baino nabarmenago, ordea, ohiko berme penal klasikoen defentsa sutua egiten du irakasleak, “pentsamenduak ez duela delituri egiten” (**Cogitationis poenam nemo patitur**) lelopean, delituaren teoria orokorreko zenbait erakunde aztertzen dituen. Orain euskaraz ematen den lan honetan, Enara Garro doktorearen lan zehatz eta eskuzabalari esker, Jakobs-ek ekintza penala egitera heldu baino lehenagoko esparruan, “aurreratutako jardunbidean” zuzenbide penala sartzearen aurkako kritika zorrotza agertzen du. Gizabanakoak baditu funtsezkoak diren eskubideak eta zuzenbide penalak muga batzuk errespetatu behar ditu, soil-soilik ekintzak, egitateak –eta ez iritziak, pentsamenduak, ideologiak– zigortzeko legitimazioa duen neurrian.

Irakasle alemaniarrek berak erabiltzen duen metafora bati helduta, Estatuari bai gustatuko litzaiokeela, hiritar bakoitzaren bihotzean eta ariman ispilu bat jarri ahal izatea, horrela denok zer pentsatzen dugun, zein den gure asmoa une oro jakin ahal izateko. Estatua Leviathan munstro mitologikoaren iruditik abiatu, hiritarrak bere burua defendatu, babestu behar du, etor litezkeen gehiegikeriak ahalik eta gehien indargabetzekotan. Zuzenbide penalak, helburu eta asmorik onenen izenean, egin dezakeen mina eta injustizia lanean zehar ardatz dugun mamuetako bat da, hiritarrok pertsonaren duintasunak eskatzen duen mailan tratatuak izan beharrean, “etsai” moduan (**Feindstrafrecht**) tratatzeko arriskua han-hemenka azpimarratzeari ekitean.

Zalantzarik gabe, artikulua honen indarra ikaragarria da: baita gaurkotasuna ere, zuzenbide penalaren atzaparrak gero eta luzeagoak izaten ari diren une historiko jakin honetan. Pentsa dezagun, zein ohiko bilakatu zaigun aspaldi honetan, zoritxarrez, apologiaren zigor penala, iritzi jakin batzuk plazaratzeko debekua, biltzeko edota manifestazioak egiteko debekuak, etabar luzeegia. Ez litzateke egia urrun egongo, zera esatea: Jakobs pentsalariak egin duen ekarpen esanguratsuenetakoa “etsaien zuzenbide penala”ren eztabaida berpiztu eta sustatzea izan da, benetako kultura demokratikoa eta horren mugak zuzenbide penalean bereziki gainditu ezin direla behin eta berriro gogoraziz.

Esandako guztia gogoan edukirik, irakur ezazu lanaren euskarazko bertsio hau, askotan kanpotik datozen hausnarketak askatu ezin ditugun etxeko korapilotan ordeztu ezinezko laguntza izan ohi baitira.

Jon Mirena Landa Gorostiza



# Günther Jakobs-en “Kriminalizazioa ondasun juridikoaren kaltearen aurretiko estadioan”

(“Criminalisation in the Stage Prior to the Damage  
of a Juridical Good”, by Günther Jakobs)

GARRO CARRERA, Enara

## I. Zati orokorra

Günther Jakobs irakasle alemanaren arabera, artikulua honetan lantzen den gaiak arazo bat izendatzen du: ondasun juridikoaren kaltea gertatu aurretiko estadioan portaera bat kriminalizatzearena, hain zuzen ere. Beste hitzetan, planteatzen den arazoa zera da, ea Zuzenbide penalak esku har dezakeen, gizartearen baitan gizabanakoen elkarbizitza posible izan dadin babesten dituen ondasun juridikoak (adb. bizitza, osotasun fisikoa, ondarea...) efektiboki kaltetuak suertatu baino lehenago. Eremu honek legitimazio galdera bat planteatzen du, artikularen lehenengo zatian aztertzen dena. Bigarren zatian, kriminalizazio mota hauek Eskubideen eta Askatasunen Estatu batean legitimizaziorik ez dutelako oinarrian, legitimitate falta hori neutralizatzerik ote dagoen aztertzen da, ondasun juridiko “berrien” babesaren bitartez (bake juridikoa, segurtasun publikoa edota Zuzenbidearen aldeko klima bezalako ondasun juridikoen bitartez, alegia).

Jakobsen aburuz, dogmatikaren baitan gaia jorratzeko era “arduragabekeria positibista” bezala izenda liteke. Arduragabekeria positibista delako hau, eremu ezberdinetan islatzen da: honen adibide bat dugu saiakuntza eta burutzearen arteko muga.

Jakina den bezala, delitu askoren kasuan ez da burutzea bakarrik zigortzen, saiakera ere zigortzen da (adibidez, giza-hilketan ez da derrigorrezkoa biktimaren heriotza gertatzea egilearen erantzukizun penala baieztatu ahal

izateko: saiakeragatik zigortua izango da *ex ante* heriotza suertatzeko egokia den portaera bat burutzen badu, nahiz eta bere kontrolpean ez dauden arrazoiengatik huts egin –esaterako, egileak burura tiro egiten dio biktimari baina hau, aurretik zerbait susmatzen zuenez, garaiz mugitzen da–). Dena den, saiakera eta burutzearen arteko muga formalki erabakitzen den zerbait da, kasuz kasu eta delituaren arabera, eta ez orokorrean aplika daitezkeen irizpide materialen bitartez. Honela, erailketaren kasuan, oraindik saiakuntza estadioan geratzen dena (adibidez, laban bat atera eta biktimaren kontra bihotza urratzeko asmoz zuzentzea), beste delitu batzuetarako dagoeneko aspaldi burutzea da (adibidez, Alemanian dokumentuen faltsutzearen eremuan, dokumentua egiten den unean, delitua burutua egongo da, nahiz eta trafiko juridikoan ez jarri eta dokumentua berehala puskatu).

Adibide hauen bitartez segituan ikusten da burutzea eta saiakuntzaren arteko mugak finkatzeko irizpide materialen faltan, ez ziurra izango dela kasu askotan saiakuntza baino lehenagoko “aurretiko estadioa” noiz hasten den. Ondorioz, ez da erraza izango aurreko estadio horretan portaera baten kriminalizazioa legitima daitekeen edo ez erabakitzea. Dena den, doktrinaren jarrera eremu honetan, saiakuntza baino lehenagoko portaeren kriminalizazioa (delitu bat burutzeko konspirazioa edo proposizioa) onartzearena da. Interes handiagoa dago saiakuntza noiz hasten den legitimatzean, aurreko estadio hori noiz hasten den legitimatzean baino.

Postura hau azal dezaketen arrazoiak desberdinak dira: alde batetik, subjektibazio joera bat nabari da Zuzenbide penalean, eta, aldi berean, aurreko estadio batean gertatzen diren portaerak zigortzeak subjektibazio hori bera ere areagotzen du. Bestalde, delituak ekiditearekin erlazionatuak dauden argudio polizialak aipatu beharra dago. Delituaren burutzerarte itxaron behar izan gabe, poliziak une egokian esku har dezake, neurri errepresiboen bitartez delituak ekidinez. Ez da kasualitatea aurretiko estadioan ematen diren kriminalizazioen adibiderik ezagunenak poliziaren jardura ezkutuekin harremanetan egotea: drogen, Estatuaren segurtasunaren eta diru faltsutzearen eremuak, adibidez.

Dena den, Jakobsen ustez, badago beste arrazoi bat, neurri batean ezkutua dena, eta horregatik kontrolagaitza, ondasun juridikoaren kaltea gertatu baino lehenagoko estadioan zigortzeko: ondasun juridikoen babesaren printzipioa, hain zuzen ere. Ideia hedatua da Zuzenbide penalaren esku hartzea legitimatzeko ondasun juridikoen babesera jotzea. Baina argi dago printzipio honen arabera, ondasun juridikoaren “ongizatearekin” erlazioa daitekeen edozein gauza legitimatzera iritsi gaitzkeela. Honela, gizartearentzako kaltegarritzat defini liteke ondasun juridiko batentzat kalte bat suposa dezakeen edozein portaera, osotasun soziala ondasun juridikoen ongizatearen bitartez definituz.

Planteamendu hau jarraituz, delituaren egilearen perspektiba alboratzen da. Egilea ondasun juridikoarekiko arriskutzat definitzen da, arrisku horren hasiera potentzialki inongo mugarik gabe aurrera daitekeelarik. Egileak ez luke inongo esfera pribaturik izango, hau da, “sozialki-errelevantea-ez-den” portaera batentzako esparru bat, arrisku iturri bat izanik edo, beste hitzetan, ondasun juridikoaren etsai bat. Ondasun juridikoen babesaren ideia azken ondorioetaraino eramanda, egile potentzialen pentsamendu arriskutsuen aurrean eta, are gehiago, pentsamendu hauen iturrien aurrean Zuzenbide penalak esku hartu beharko luke. Maiz errepikatzen den ideia, zeinaren arabera pentsamendu arriskutsuak bizitza sozialarentzako kaltegarriak ez diren, ez dator ondasun juridikoen babesaren teoriatik. Ideia hau kanpotik dator eta aspektu garrantzitsu bat azpimarratzera dator: bizitza soziala ezin da soilik ondasun juridikoen osotasunaren bitartez definitu, era horretan ondasun juridikoen “museo artxibistiko” bat besterik ez baita lortzen.

Egilea ondasun juridikoaren etsaitzat hartzen duen definizioari beste definizio bat

kontrajarri behar zaio: egilea hiritartzat hartzen duena, hain zuzen ere. Hau da, egilea arrisku iturritzat hartzeaz gain, bere askatasun eremua kontrolatzeko eskubidea duen gizabanakoa bezala ikusten bada, hiritar estatus horrek Zuzenbide penalaren esku hartze aurreratuari mugak ezartzen dizkio. Totalitariora ez den edozein Zuzenbide penalek *cogitationis poenam nemo patitur* printzipioa onartzen duen heinean, gizabanakoari sozialki esanguratsua ez den barne-eremu pribatu bat aitortzen dio, pentsamenduena, alegia. Pentsamenduak Zuzenbide penalaren kontroletik kanpo uzteko arrazoi bat haiek modu eraginkorrean kontrolatzeko zailtasuna da. Gizabanakoa sistema psiko-fisiko bat da, azala mugatzat duena. Beste edozeinek azaletik barne dagoenaren berri izateko, pertsonak berak kooperatu beharko du. Dena den, *cogitationis poenam nemo patitur* printzipioak barne-eremuaren maximoari egiten dio erreferentzia. Baina badaude beste adierazpen batzuk (bekain bat altxatzea, behatz bat mugitzea,...) dagoeneko kanpo-adierazpenak direnak, nahiz eta oso pribatuak izan. Zuzenbide penalari ez zaizkio kanpo-adierazpen guztiak interesatzen, hau da, ez zaio gizabanakoaren ikuspuntu naturalista bat interesatzen, soilik azaletik barne edo azaletik kanpo dagoena desberdintzen duena. Beraz, Zuzenbide penalarentzat esanguratsua dena erabakitzeko irizpide normatiboetara jotzea ezinbestekoa da. Irizpide honetatik abiatuz, esan liteke gizabanakoa hiritar bat dela, hau da, sistema bat, zeinari barne-esparru bat aitortzen zaion. Barne-eremu hori, hornidura psiko-fisikoaz gain, arrokek, adostutako kontaktu sozialek, etxebizitzak eta ondareak (dirua, lanabesak...) osatzen dute. Honi Jakobsek “hiritarraren barne-eremua” deitzen dio.

Honenbestez, agerian dago eremu pribatu horretan pentsamenduak ez ezik, alderdi gehiago daudela. Hau da, barne-eremuaren mugak ez dira irizpide naturalisten bitartez erabakitzen, irizpide normatiboen bitartez baizik. Eta barne-eremua osatzen duena erabakitzeko, gizartearen ikuskera kontutan hartu beharko da.

Interesatuak ezin dituzte publikoak diren gaiak pribatizatu beraien artean akordio batetara iritsi ondoren. Baina, bestalde, norbanakoak ezin du bere eremu pribatuaren pribatutasunaren gain xedatu. Hau da, pertsonak erabaki dezake bere pentsamenduak adieraztea, baina hori egiteagatik bere barne-eremua ez da gai publiko bat bihurtuko, pentsatzen duenak berdin diolako. Hori bai, pentsatzen duen hori adieraztean, aldarrikapen hori kanpo-prozesu bat bihurtzen da, baldintza batzuetan kriminalizatu daitekeena.

Orain arte esandakotik zera ondorioztatu daiteke zigorgarritasuna aurreratzeari begira: egilearen barne-eremuak ez dituela soilik haren pentsamenduak barnebiltzen, baizik eta bere eremu pribatu guztia. Beraz, pentsamendu soilak elkarbizitza asaldatzeko gai ez diren bezala, eremu pribatuan burutzen den edozein portaerak ere ezingo du elkarbizitza eragotzi (portaera horrek beste gizabanako baten eremu pribatuarekin talka egiten ez duen bitartean). Kontrol publikotik kanpo geratu beharko luke norberaren gorputz-intimitatetik hasita adostutako kontaktu sozialetaraino doan esparrua. Hau da, eremu horietan burutzen diren portaerek ez lukete ikuspuntu penaletik saiakuntza edo, are gutxiago, delitu burutu bat izan behar. Horregatik, legegile desberdinek konspirazioa zigortzen dutenean, gizabanakoei beraien barne-eremu hori kentzen diete, eta haiek hiritar bezala tratatu ostean, etsai bezala tratatzen dituzte. Honek ondasun juridikoak babesteko balio du, zalantzarik gabe, baina norbanakoaren barne-esparruari uko egitearen kontura. Gizabanakoaren murrizte hori hiritarren Zuzenbide penaletik aldentzen da eta beste Zuzenbide penal baten erdua jarraitzen du: etsaiaren Zuzenbide penalak ondasun juridikoen babesa optimizatzen du; hiritarren Zuzenbide penalak, aldiz, askatasun esparruak.

Alemaniko Kode penala ikusita, argi dago xedapen asko etsaiaren Zuzenbide penalarkein bat datozela. Hau nabaria da eremu pribatuan burutzen diren prestakuntza ekintzak zigortzen direnean, baina baita delitu zehatz batzuen formulazioa ikusita ere: asoziazio kriminalak zein terroristak sortzea, agiriak (dirua barne) faltsutzea. Agiriaren kasuan, dokumentua sortzearekin batera delitua burutzen da (hau da, delitua burutzeko ez da derrigorrezkoa dokumentua trafiko juridikoan barneratzea).

Asoziazio terroristei dagokionez, pentsa liteke halako taldeak sortzea ez dela kontu pribatu bat, haiek legez kontrakoak diren helburuak lortu nahi dituztelako. Dena den, argudio hori edozein delituri aplika diezaiokegu, eta ez soilik talde terroristak edo asoziazio kriminalak sortzeari. Abiapuntu horretatik edozein delitu prestatzea kriminaliza liteke, pentsamenduak barne. Bide hori jarraituz gero, Zuzenbide penala etsaiaren Zuzenbide penala bihurtzen da. Talde terroristak batetako kideek norberaren eremu pribatua elkarri irekitzen diote, baina partekatzen duten eremu hori ez dute esparru horretatik kanpo dagoen inorekin banatzen. Horregatik, halako talde batetako kide izate soilak ezin du botere publikoen esku hartzea legitimatu: harreman sozialak hiritarraren estatusari lotuak dauden bitartean, harreman horietaz abusatuko dutenak

egongo dira. Delitu bat prestatzera bideratuta dagoen harreman soziala eremu pribatuaren barnean gauzatzen den beste edozein harreman bezain pribatua da.

Kanpo eta barne prozesuen banantzea zehaztu baino lehen, beste gai bat jorratu beharra dago: posible al da esatea Zuzenbide penalarantzat gizabanakoen barne prozesuak (pentsamenduak) guztiz garrantzirik gabekoak direla? Edo hauek barne-prozesu bat baino gehiago dira, erruduntasuna zehazteko ezinbestekoak direnak? Pentsa liteke pentsamenduek Zuzenbide penalarantzat dimentsio garrantzitsu bat dutela: auzitegiko medikuak pentsamenduen jatorria eta esanahia jorratu ahal duen heinean, nola baieztatu liteke pertsonaren gorputzetik kanpo jazotzen den edozein gertaera (adibidez, norbaitekin elkartzea, edo talde bat sortzea) gauza guztiz pribatua dela?

Galdera hau modu egokian erantzun ahal izateko, derrigorrezkoa da beste galdera bat planteatzea eta hari erantzun ematea: zergatik zigortzen da saiakera? Esaten badugu, delitu bat saiakera fasean zigor daitekeela, saiakera delitua burutzeko borondatearen espresioa delako eta lege penala borondate horri kontra egitera bideratzen delako, nahikoa izango da edonolako kanpo portaera bati lotuta dagoen doloa frogatzearekin, nahiz eta kanpo portaera horrek elkarbizitza ez asaldatu. Baina kasu horretan, berdina dio kanpo portaera horrek elkarbizitza ez eragoztekoa, kanpo portaera hori aitzaki hutsa izango delako eremu subjektiboaren analisiari ekiteko. Ikuspuntu hau onartzen badugu, zaila izango da gure gizartearen biziraupena bermatzea. Izan ere, gure gizartearen ideologiaren barne dago ahalik eta portaera aukera aske gehienak onartzea. Honek esan nahi du ezinezkoa dela gizabanakoen portaera guztiz zentralizatzea, edota, salbuespenezko kasu batzuetan izan ezik, guztiz zehaztea zeintzuk diren espero diren portaerak eta zeintzuk debekatuta daudenak. Estandarizazio maila hori zirkulazioan agian posible da, baina beste eremuetan norbanakoari bere portaera gidatzeko (autogobernatzeko) aukera ematen zaio, parametro batzuen barruan. Norberaren portaera gidatze horretan, gizabanakoak egiten duena anbigua izan daiteke. Adibidez, pertsona bat jabearen baimenik gabe etxebizitza batean sartzeak esanahi desberdinak izan litzake, batzuk "maltzurak" (jabea hiltzeko asmoa adierazi dezake) eta beste batzuk "onak" (laguntza eskatzea premiazko egoera batean dagoen norbait sorostu ahal izateko). Anbiguitasun hori ikusita, Jakobsen aburuz, garrantzitsua da gauza bat gogoan izatea: ez da bidezkoa pertsona batek burutzen duen edozein gorputz-mugimenduren

atzean dagoen intentzioa interpretatzen hastea. Pertsona bati burututako portaera edo gorputz-mugimendu baten inguruan azalpenak galdatu ahal izateko, argibide horiek emateko obligazioa izan beharko du, baina obligazio hori ezin da ondorioztatu egileak pribatu bezala erreklamatu dezakeen esparru batetik. Hortaz, egilea eremu pribatu horretan mugitzen den bitartean, ez du kontrolik jasan beharko, eta jasango balu, egilea ez litzateke “hiritar” bezala tratatuko, “etsai” bezala baizik. Beraz, agerian dago funtsezkoa dela finkatzea kanpo portaera bat noiz izan daitekeen esanguratsua delitua dagoeneko saiakera fasean dagoela esateko. Estatu liberal batean gakoa kanpo-esparruaren kontrolean dago, ez barne-esparruaren kontrolean. Are gehiago, barne-esparruaren interpretazioa bidezkoa izateko, derrigorrezkoa da, lehenik eta behin, asaldatze edo eragozpen bat sortzen duen kanpo-portaera bat izatea, berez (hau da, eremu subjektiboa alde batetara utzita) zigorgarria dena. Beste hitzetan: kanpo-portaera batek ezin du delitu izan, oinarri bakarra izanik egilearen intentzioak ezagutzen direla. Hori onartuko bagenu, epaileak laban bat edo eskailera bat erosiko lukeen edonoren bizitzan esku hartzeko aukera izango luke. Edozein kanpo-portaera har liteke aitzakiatzat delitua burutzeko borondatea frogatzeko eta dagoeneko delitu saiakuntza dagoela baieztatzeko.

Beraz, pentsamenduek ez ezik, eremu pribatuan kokatu daitezkeen eta deigarriak edo nabarmenak ez diren portaerek Zuzenbide penaletik kanpo egon behar dute. Hiritar bat delitu baten egile bihurtuko da muga horiek gainditzen dituenean eta elkarbizitza asaldatzen duen portaera bat burutzen duenean. Une horretan sortuko da bere portaera interpretatzeko beharra, hain zuzen ere. Adibidez, demagun pertsona batek beste bat pozondu nahi duela eta artsenikoa duen zopa bat probatzeko ematen diola. Nahiz eta egileak burutzen duen ekintza (zopa bat probatzeko eman) azalez susmagarria ez izan, portaera hori interpreta daiteke, zopa benetan pozondua dagoelako. Baina demagun gure sukaldari horrek, zopari artsenikoa bota beharrean, errakuntza baten ondorioz, gatza botatzen diola. Kasu horretan, zopa pozondua ez dagoen heinean, interpreta daitekeen bakarra da, ea pertsona hori sukaldari izateko gai den, baina ez norbait hil nahi ote zuen. Bere kanpo-portaera (zopa zerbitzatzea) burutu baino lehenago egileak bere barne-eremuan egin dituen prestakuntzak ez dira garrantzitsuak, eremu pribatuan burututako edozein portaera ezin delako interpretatu.

Hortaz, delitu saiakuntza baten aurrean gaudela esateko, egileak biktimarena den esparru baten antolakuntza beretzat hartu behar du.

Baina egileak, errakuntza baten ondorioz, uste badu hala egiten duela (adibidez, uste du zopa pozondua dagoela), portaera hori ezingo da saiakuntzat hartu, portaeraren alde objektiboa falta baita. Halako portaera bat zigortzekotan, irudipenak zigortuko lirateke, ez egitateak. Beraz, gakoa da kanpo-portaera batek baimendu behar duela egilearen barne-eremua aztertzea, eta ez testuinguru subjektibo jakin batetatik abiatuta, gaitzetsi daitekeen kanpo-portaera bat bilatzea.

Esandakoak, saiakuntzarako ez ezik, prestakuntza ekintzentzako ere balio du: pertsona talde bat delitu bat prestatzen aritzeak edonor arduratzen du. Baina berdina gertatzen da pertsona bakar bat delitua burutzean pentsatzen ari bada, edo pertsona batek delitua zehatz-mehatz prestatzen badu. Eta, jakina den bezala, azken bi portaera hauek ez dira zigorgarriak.

Jakobsek aldarrikatzen duenean pentsamenduek eta gainontzeko eskubide zibilen egikaritzak tratamendu bera izan behar dutela, zer esan nahi du? Esan al daiteke, adibidez, “etxebizitza batean dagoen oro pribatua da, buruan dagoen guztia pribatua den bezala”? Jakobsen aburuz, ez. Pentsamenduek Zuzenbide penaletik kanpo egon behar dute, norbanakoak pentsamendu haiek gauzatzen ez dituen bitartean. Beste esparru batzuetan (hala nola, etxebizitza batean), kontutan izan beharra dago pertsona desberdinen eremu pribatuak pila daitezkeela. Gainera, etxebizitza bezalako esparru batean erantzukizuna egozteko momentua noiz hasten den ezin da, pentsamenduekin ez bezala, horren modu argian zehaztu. Horretarako irizpidea zera izango da, ea egileak zein puntutaraino duen gertakariak neutralizatzeko aukera. Subjektuak gertakariaren gaineko nagusitasuna, kontrola edo domeinua galtzen duen puntuan amaitzen da hiritarri dagokion askatasun eremua. Adibidez, pertsona batek bere lorategitik kalerantz harri bat botatzen duen bezain pronto, portaera hori “kanpo-eremuan” kokatuko dugu harria bere lur-eremutik atera baino lehen, egileak kontrolpean izan ez dezakeen ekintza bat martxan jarri duelako.

Orain arte, delituaren prestakuntza eta saiakera zigortzeaz aritu gara. Hurrengo orrialdeetan, aldiz, beste eremu bat jorratuko dugu, arrisku delituena, alegia. Badaude esparru batzuk, zeinetan estandarizazio beharra nabaria den, zalantzan jartzen delako gizabanakoak beraien autogobernuaren bitartez gai direnik beraien portaerek izan ditzaketen ondorio negatiboak ekiditeko (adibide nabariena zirkulazioarena da). Estandarizazio behar horri erantzuteko arrisku delituetara jotzen da. Arrisku abstraktu bat egongo da portaera



bat orokorrean arriskutsutzat jotzen denean eta arrisku hori oinarritzat hartzen denean era horretako portaerak beti gaitzesteko. Beraz, arrisku abstraktuko delituak deritzon horietan, finkatutako estandarrekiko desbideratze bat gertatzen da eta desbideratze horrekin nahikoa izango da delitua burutu dela esan ahal izateko (hau da, ez da galdatzen ondasun juridiko bat kaltetua suertatzea).

Delitu abstraktu mota ezberdinak daude. Lehen motaren ezaugarriak aztertzen baditugu, kanpo-portaera asaldatzaile bat izaten da, eta orokortze baten bitartez finkatzen da portaera horrek kalte bat sortzeko duen joera. Adibidez, testigantza faltsuan, edo norbait bizi den etxe batean sute bat hastean.

Delitu abstraktuen beste mota baten ezaugarriei dagokienez, portaera batek kaltea sortzeko duen joeraz gain, ikusi beharko da ea portaera asaldatzailea den ala ez. Adibidez, norbaitek bere etxean eragile patogeno arriskutsuak lantzen baditu. Arrisku delitu hauek burutzeko nahikoa da deskribatzen den portaera batzuetan kaltea sortzeko eraginkorra izatearekin. Azken batean, orokortze baten bidez finkatzen da portaera batek sortzen duen perturbazioa, eta orokortze hori dela eta, bestela pribatua izango litzatekeen portaera bat barne-eremu horretatik ateratzen du.

Aipatu arrisku delituetan ez da arau orokorrekiko zigorgarritasunik aurreratzen. Izan ere, arrisku delitu hauen ezaugarria da portaera arriskutsua guztiz burutu dela, hau da, portaera amaitutzat jotzen da, eta berdin dio hark etorkizunean delitu bat ahalbidetu edo ez.

Orain arte arrisku abstraktu delitu batzuk besterik ez ditugu jorratu. Baina badago beste arrisku delitu mota bat, portaera bat kriminalizatzen duena, nahiz eta portaera hori berez arriskutsua ez izan, egileak beste portaera bat burutzen ez duen bitartean behintzat. Hala gertatzen da, adibidez, baimenik gabeko arma automatikoen produkzioarekin. Egia da, portaera horrek arriskutsua bihurtu daitekeen prozesu bati hasiera eman dakiokeela. Baina horrelako arma bat produzitzeak ez du suposatzen, berez, delitu baten prestakuntzarik. Honenbestez, agerian dago arrisku hori zigortzeak arau orokorrekiko salbuespen bat suposatzen duela. Jar dezagun beste adibide bat: norbaitek arma bat erosten badu, asko jota arma horrekin burutuko duen delitu baten prestakuntza fasean egongo da. Baina aldi berean, pentsa genezake Estatuak ez duela zertan onartu behar hiritarrek beraien etxeetan armak metatzea.

Adibide hauek agerian uzten dute bi gauza direla argitu beharrekoak: lehenik eta behin, zein kasuetan erantzun beharko da, arau orokorrekiko salbuespen bat eginez, etorkizuneko portaerekiko arriskuagatik. Bigarrenik, nola mugatu behar da erantzukizun hori egitateengatiko erantzukizunaren printzipioa ez urratzeko.

Lehenengo kontuaren baitan bi eremu desberdinu daitezke: lehenak kontaktu sozialekin zerikusia du. Kontaktua horietan edonork parte har dezake, baldintza egokiak betetzen ez direnaren zantzurik ez dagoen bitartean. Zantzu horiek kasuz kasu aztertu beharrean, kontaktu sozialak arintzeko, interesatuek beraien eremu pribatuaren zati bati uko egin behar diote, zati hori ikuskatua izan dadin. Adibidez, jendaurrean elikagaiekin lan egiten duen norbaitek onartu beharko du kontrolatua izatea ea modu higienikoan dabilen. Edota, kotxe bat gidatu nahi duenak kontrolatzen utzi beharko du, ea dagozkion arauak menperatzen dituen.

Bigarren eremuak beste egoera bati egiten dio erreferentzia: badaude gauza batzuk, norberaren eremu pribatuan helburu legalekin erabili ohi ez direnak. Kasu horietan ere kontrola onartu beharko da. Adibidez, diru faltsua produzitzean eta talde armatuak sortzean kaltea sortzeko joera portaerari atxikita doa.

Bestalde, erantzukizuna nola mugatu behar den kontuari ekin behar diogu. Hau ez-zilegia nola ulertzen denaren baitan dago. Ez-zilegiztat onartzen badugu portaera bere arriskugarritasun abstraktuan, norbanakoaren eremu pribatuan mugak onartuko dira, baina kriminalizatuko den bakarra portaerak izango dira. Alegia, berdin izango dio egilearen egitasmoak zein diren eta portaera beraren arriskugarritasuna izango da jarraituko den irizpidea.

Ez-zilegiaren ikuskeran egilearen egitasmoak barnebiltzen badira, egile arriskutsuak zigortuko dira, hau da, etsaiak, baina ez egitate arriskutsuak. Adibidez: jendea bilduta dagoen tokietara armekin azaltzearen debekua bi modutan azal daiteke. Lehenik eta behin, esanez armak abstraktuki arriskutsuak direla, posible delako istripu baten bitartez edo delitu baten ondorioz pertsonak kalteturik suertatzea (kasu horretan, arrisku abstraktuagatik zigortzen da). Beste jarrerak armak eramaten dituen horren egitasmoei ere garrantzia ematen die (hau da, egileak etorkizunean armekin egingo duenagatik zigortzen da). Jakobsek azken honi ematen dion erantzuna zera da: egilearen asmoetan (edo, bere hitzetan, egilearen barne antolakuntzan) sartuz gero, ez du zentzurik pentsamenduak Zuzenbide penaletik

kanpo uzteak, pentsamenduak baitira gizakiek burutu ditzaketen portaera arriskutsuenen iturri. Jar dezagun beste adibide bat: dirua faltsutzen denean, egilea ezin da bere egitasmoengatik zigortu (hau da, diruarekin etorkizunean egingo duenagatik). Ikusi beharko dena da ea baieztatu daitekeen portaera hori kanpo asaldatze bat dela, aurretik jakin ahal ez diren prozesu kaltegarriak martxan jartzen dituelako. Dena den, beharrezkoa da argitzea edozein prestakuntza ekintza ezin dela abstraktuki arriskutsutzat hartu, are gutxiago egilearen egitasmoak aitzakiatzat hartuz. Diru eta nortasun agiri faltsuak egitearen kasuan, baieztatu eta zigor liteke arrisku hori (hori bai, zigortu behar dena arriskua da, ez erabilera). Berdina gertatzen da lehergaiez hornitzen denarekin. Baina norbaitek, etxe batean sartu eta bertan lapurtzeko asmoarekin eskailera bat erosten badu, eskailera eroste hori ezin da “despribatizatu” eta kanpo-portaera arriskutsu deklaratu. Izan ere, eskailerak erosteak ez du arriskugarritasun orokor bat suposatzen, eta arriskugarritasun hori baieztatzen bada, egilearen egitasmoetatik ondorioztatu delako da, ez ekintza beretik.

## II. Zati berezia

Artikuluaren bigarren zati honetan autoreak jorratzen duen gaia zera da, ea portaera batzuk, ondasun juridiko batzuk kaltetzeko prestakuntza bezala zigortu ezin direnean, ondasun juridiko haien aurretik eta haiek babesteko dauden beste ondasun juridiko batzuei eragindako kalteagatik zigor daitezkeen. Beste hitzetan esanda, gakoa da ea ondasun juridikoak eta haiek erasoko dituzten ez-zilegiak zatikatu daitezkeen. Horrela, ez-zilegia, une goiztiar batean gertatutako ez-zilegi zati batek edo batzuek definituko lukete. Jar ditzagun adibideak: arrazagatiko gorrotoa sustatzea, delituak probokatzea, edo talde armatu eta terroristak sortzea zigortzen denean bake publikoa aipatzen da kaltetua suertatzen den ondasun juridikoa bezala. Honek suposatzen du giro bat babestu nahi dela.

Ez-zilegi partzial batengatik osatuak dauden delituetan ez dira arau nagusiak urratzen (lesio delituetako arauak, alegia), haien babes arauak baizik, babes arau hauen betebeharra izanik arau nagusien jadanekotasun baldintzak bermatzea. Babes arau hauen legimititatea balioesteko arauen jadanekotasun baldintzei so egin behar diegu. Esan daiteke arau bat indarrean dagoela, bere funtzioa betetzen badu, hau da, igurikimenak ziurtatzen baditu. Honekin esan nahi dena da arau baten indarrean egotea edo bere jadanekotasuna ez dagoela soilik delitugilearen portaeraren menpe. Alegia, arauaren indarrean egote hori, araua eta

potentzialki arauaren urratzea jasango duenaren arteko harremanaren menpe ere badago.

Onartzen bada, arauaren indarrean egotea ez dagoela soilik egile potentzialen portaeraren menpe, onartu beharko da arauaren jadanekotasuna ez dutela arauen urratzeek soilik erasaten. Alegia, arauaren urratze potentziala jasango duenak arauarengan duen konfiantza kaltetua suertatzen bada, arauaren jadanekotasuna kolokan jarriko da baita ere.

Arauarengan (ondasun juridikoak babesteko baliabide bezala) konfiantza izateak oinarri kognitibo bat aurreuposatzen du. Hau da, ez da nahikoa arauak ematen duen oinarri normatiboarekin (alegia, arauak esatearekin norbaitek delitua egiten badu, ondorio juridikoak ezarriko zaizkiola, era horretan araua berretsiz). Adibidez: arauarengan konfiantza izateko ez da nahikoa jakitearekin Zuzenbidea gure alde izango dugula norbaitek hiltzen bagaitu. Beharrezkoa izango da uste izatea litekeena dela inork gu ez erailtzea. Baina gu hiltzeko arriskua errealitatean oso handia bada, arauak dioenarekin bakarrik ez da nahikoa izango arauaren jadanekotasunean gure konfiantza bermatzeko. Era horretan arauaren indarra bera kolokan jartzen da. Horregatik, pertsona batek beste bat bere kontra delitu bat burutzearekin mehatxatzen duenean, “bake publikoa” asaldatua izan dela baieztatzea baino (kontzeptu oso zehaztugabea dena) edo giro bat babestu nahi dela esatea baino, konkretuagoa da esatea mehatxua jasan duenarekiko mehatxuak debekatzen dituen arauaren indarra kolokan jarri dela.

Honenbestez, mehatxuen kasuan egilea ez da biktimaren eta bere ondasun juridikoaren arteko harremanean sartzen, biktima eta arau nagusiaren arteko harremanean baizik. Beste hitzetan, norbaitek pertsona bati herio-mehatxua egiten dionean, portaera hori ezin da arau nagusiaren (hilketa debekatzen duena) prestakuntza bezala zigortu, arau nagusi hori oraindik ez delako hautsi. Dena den, mehatxua egitean arau nagusi horiek babesteko dauden beste albo-arauak urratzen dira, egileak publikoa egin duelako ondasun juridiko baten urratzea gertatuko dela. Berdina gertatuko da Pariseko Gotzaina edo hiritarren ordezkari bezala jarduten duen edonor delituaren prestakuntzan tartean sartzen badu: ezin izango da delitu prestakuntzagatik zigortu baina bai arauen jadanekotasunaren inguruko oinarri kognitiboa kolokan jartzeagatik (hau da, bake juridikoa kolokan jartzeagatik). Argudio hauek, mehatxu delituetarako ez ezik, beste kasu batzuetan ere aplikatu daitezke, adibidez, arrazagatiko gorrotoa sustatzearen kasura.

Talde terroristei dagokienez, halako batek bere borrokarekin jarraitzeko asmoa espresuki publikoa egiten duenean, tartean delitu desberdinak burutuko direnaren mehatxua antzematen da (eraiketak, bahitzeak, etab.). Batzuetan egitasmo horiek ez dira horren modu agerian adierazten, baina taldeak burutzen dituen ekintzen larritasuna jendearengan ikara sortzeko gai da. Kasu hauetan ez geundeki prestakuntza ekintza baten aurrean, bake juridikoaren asaldatzeak suposatzen duen ez-zilegi partzial baten aurrean baizik. Hori dela eta, zigorra erabakitzerakoan kontutan hartu beharko da ez dela oinarritzko araurik urratzen, arau haiek babesten dituzten aurre-arauak baizik.

Azpiratu behar den beste gauza bat zera da: mehatxuen kasuan eta delituekin lardieratzen denean, egilea biktimari inposatzen zaiolako dauka arrakasta portaerak: simulatzen den edo benetan dagoen indarkeriak ez dio biktimari uzten bere burua arrazionalki orientatzen, indarkeria hori egongo ez balitz bezala. Beraz, kasu hauetan, egileak beste norbaiti dagokion antolaketa esparru bat bere gain hartzen du. Aitzitik, delitua saritu edo ontzat emateko delitua egiten duenak balioespen bat hartzen du bere gain, baina ez du beste inoren esparrurik antolatzen. Adibidez, demagun norbaitek esaten duela egoera bat horren larria dela, non irtenbide hoberena emigratzea edo bere buruaz beste egitea den. Beste norbaitek, behartua izan gabe, esandakoari jarraitzen badio, bere erabakia izango da, baina ez da onargarria lehenengoaren portaera zigortzea. Izan ere, komunikazio publikoan aholku legalak soilik egin badaitezke, komunikazioa kontzesio bihurtzen da. Honenbestez, norbaitek bere ezadostasuna aditzera emango balu, automatikoki delitua burutuko luke. Errespetu falta horren arrazoiak pisuzkoak ez badira, ezin da halako portaerarik debekatu. Oro har, esan daiteke delitua saritu edo ontzat emateko tipo penal honek ez duela askatasunen erregimen baten azterketa pasatzen. Argudio berdinak erabil daitezke giro bat sortarazten duten beste hainbat delituekiko: arrazagatiko gorrotoa sustatzea, biztanleriaren sektoreen kontra zirikatzeta, etab...

Jakobsek onartzen du giro bat sortarazten duten delitu hauek kritikatzeko dituen heinean, lepora dakiokela gaur egungo gizarteek egonkortasun arazoak dituztela. Autoreak onartzen du gizarte hauetan balioak bermatzearen garrantzia, baina aldi berean zalantzan jartzen du Zuzenbide penala baliabide egokia izatea behar haiei aurre egiteko.

Amaitzeko, etsaiaren Zuzenbide penalaren inguruko hausnarketa batzuk: aurreko orrietan askatasunen Estatu batek errespetatu behar

dituen mugak aipatu dira. Lotura edo muga hauek errespetatzen ez badira, Estatu eredu hori kolokan jartzen da. Hori bai, egoera batzuetan gerta daiteke askatasunen Estatu batean funtsezkoak diren arauak beraiei indarra galtzea, egilea bere esparru pribatutik irten arte itxaroten badugu. Baina kasu horietan ere, etsaiaren Zuzenbide penala larrialdiko Zuzenbide penal bezala legitima daiteke soilik, salbuespenez gobernatuko duena. Horregatik, etsaiaren Zuzenbide penal hau osatzen duten arauak hiritarren Zuzenbide penala osatzen duten arauetatik guztiz banandurik egon beharko lukete, interpretazio sistematiko edo analogikoen bitartez etsaiaren Zuzenbide penala hiritarren Zuzenbide penalean infiltra dadin saihesteko.

Laburbilduz:

A) Zati orokorra (portaeren kriminalizazioa kaltearen aurretiko estadioan)

- Zenbat eta ondasun juridikoen babesa gehiago optimizatu, are eta gehiago definituko da egilea esparru pribaturik ez duen etsai bezala.
- «Cogitationis poenam nemo patitur» printzipioak barne-eremu bat izendatzen du, modu naturalistikoan mugatua dagoena, eta beraz, Zuzenbide penarentzat baliogarria ez dena.
- Askatasunen Estatu batean, barne esparru hori egileak duen hiritar estatuserantz bideratu beharra dago.
- Kanpo portaerarik gabe, eta asaldatze bat eragiten duen portaerarik gabe, ez dago arrazoirik egilearen barne-eremua (batez ere portaeraren alde subjektiboa) arakatzen hasteko.
- Kontrola ezin daitekeena ez dago barne eremuaren baitan.
- Arrisku delitu abstraktuak legitimatzeko orduan, zera hartu beharko da kontutan: a) ea portaera tipikoa berez arriskutsua den, kontrolik baimentzen ez duen heinean (adibidez alkoholaren efektupean gidatzea); b) ea etorkizunean gerta daitezkeen eta egileak kontrola ditzakeen arriskuez ari garen (adibidez, ziurtagiri bat faltsutzea).
- Arrisku abstraktuen delituen baitan aipatu dugun bigarren mota (b) egitateengatiko zigorraren printzipioarekin bateragarri da, baldin eta portaeraren arriskua irizpidetzat hartzen bada, eta ez egilearen egitasmoek suposatzen duten arriskua.



B) Zati berezia (aurreratutako ondasun juridikoak urratzeagatiko kriminalizazioa)

- Arauen indarra haien haustearen mehatxuaren bitartez kolokan jar daiteke. Halako mehatxu batek aurre-arau bat urratzen du.
- Zuzenbidearen aldeko giro bat babesten duten arauak hausteak ez du suposatzen egilea beste baten antolakuntza eremuan sartzen denik.